فقه و اصول
سال پنجاهم، شمارهٔ ۲، شمارهٔ پیاپی ۱۱۳
تابستان ۱۳۹۷، ص ۲۱-۹

Journal of Fiqh and Usul
Vol. 50, No. 2, Issue 113
Summer 2018
DOI: 10.22067/jfu.v50i2.31175

خیار شرط در صلح *

دکتر عبداله بهمن پوری
استادیار دانشگاه یاسوج
Email: bahmanpouri10@gmail.com
دکتر محمد حسن حائری [۱]
استاد دانشگاه فردوسی مشهد
Email: haeri-m@um.ac.ir
دکتر محمدتقی فخلعی
استاد دانشگاه فردوسی مشهد
Email: fakhlaei@um.ac.ir

چکیده

عقد صلح به عنوان یکی از مهم‌ترین عقود در فقه و حقوق اسلام جایگاه ویژه‌ای دارد. جریان خیار شرط در این عقد با توجه به خاصیت پایان‌بخشی صلح به نزاع حاصل از معاملات، مورد تردید فقیهان امامیه واقع شده است. ایشان با این استدلال که صلح برای رفع نزاع در معاملات تشریع شده و لزوم آن حکمی است، جریان خیار را در عقد صلح ممنوع دانسته‌اند. این پژوهش با رویکردی تحلیلی به نقد ادله مانعان پرداخته و در پرتو اصولی چون حاکمیت اراده در عقود، از جریان خیار شرط در صلح حمایت می‌کند.

کلیدواژه‌ها: صلح- خیار شرط- اصل حاکمیت اراده.

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۱/۲۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹٤/۰٦/۱٤.
۱ . نویسنده مسئول

مقدمه

یکی از عقود معین که در فقه و حقوق مورد بحث قرار گرفته، عقد صلح است. در فقه امامیه پاره ای از نویسندگان گفته‌اند که در صلح همیشه فکر پرهیز از نزاع طرفین وجود دارد و برای رسیدن به همین هدف تراضی می‌شود. بنا بر آن چه که فقها گفته‌اند، صلح عقدی است که برای رفع نزاع تشریع شده است (شهید ثانی، ۴/ ۲۵۹؛ بحرانی، ۲۱/ ۸۳). اما این تعریف به اعتقاد بسیاری از فقیهان، تنها بیان کننده حکمت تشریع عقد صلح است نه علت آن (موسوی بجنوردی، ۵/ ۱۰؛ بحرانی، ۲۱/ ۸۵). بر این اساس، مشروعیت عقد صلح، منحصر به مواردی نیست که نزاعی رخ داده یا اختلافی وجود داشته باشد، بلکه عقد صلح به عنوان عقدی مستقل در کنار سایر عقود، مشروعیت و اعتبار دارد. توجه به همین نکته باعث توسعه در مفهوم صلح گردیده است. قانون مدنی نیز همین مفهوم گسترده از صلح را پذیرفته است و در ماده ۷۵۲ اعلام می‌دارد: صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود.

محقق خوئی در تعریف صلح می‌گوید: «صلح عقدی شرعی است برای تراضی و تسالم بین دو شخص در تملیک منفعت یا عین یا اسقاط دین یا حق یا غیر این‌ها به صورت مجانی یا معوض و صلح عقدی مستقل است و به سایر عقود، رجوع نمی‌کند هر چند که فایده آن عقد را داشته باشد، پس صلح، فایده بیع را خواهد داشت اگر که صلح بر عین به عوض باشد و فایده هبه را خواهد داشت اگر که صلح بر عین بلاعوض باشد و فایده اجاره خواهد داشت اگر که بر منفعت به عوض باشد و فایده ابراء را خواهد داشت اگر که بر اسقاط حق یا دین باشد.» (خوئی، منهاج الصالحین، ۲/ ۱۹۲).

شیخ انصاری عقود را به سه قسم تقسیم کرده اول: آنچه که عدم دخول خیار در آن اتفاقی است مانند نکاح دوم آنچه دخول خیار در آن اتفاقی است مانند بیع سوم آنچه که اختلافی است مانند وقف و صلح. اینکه شیخ انصاری «صلح» را از موارد عدم خلاف در دخول خیار شرط، شمرده است ظاهراً غلط در نسخه کتاب است چون که وی در قسم ثانی آن‌را از موارد اختلافی می‌داند پس ظاهراً در قسم اول کلمه صلح زائد است (شهیدی، ۳/ ٤٥٠).

بر این اساس می‌توان عقد صلح را به دو قسمت تقسیم کرد:

اول: آنجا که صلح نتیجه ایقاع را می‌دهد و مفید فایده ایقاع است مانند صلح بر عتق و ابراء (صلح بر اسقاط حق یا دین)

دوم: آنجا که صلح نتیجه یکی از عقود را می‌دهد مانند صلح بر نقل عین به ازاء مال معین که مفید بیع است و غیره.

اقوال فقها در مورد جریان خیار شرط در صلح

چهار نظریه مشهور در این زمینه موجود است:

۱- جریان خیار شرط به صورت مطلق

شیخ انصاری در مکاسب می‌گوید: «از جمله مواردی که در جریان خیار شرط در آن اختلاف است صلح است، و ظاهر مصرح از کلام برخی مانند علامه در تذکره، دخول خیار شرط در صلح به صورت مطلق است بلکه مهذب البارع بر این امر ادعای اجماع کرده است.»[1] برخی همین قول را متعین دانسته‌اند.[2]

این قول مورد حمایت عمومات شروط است و موانع ذکر شده برای این قول (که به آن‌ها خواهیم پرداخت قابل نقد و رد است) و آنچه مقتضی تحقیق است این است که خیار شرط مطلقاً در صلح جاری است، چون که در اینجا هیچ نص یا اعتباری برای منع از جریان خیار شرط وجود ندارد و عموم ادله نفوذ شرط و لزوم وفاء به آن بدون مانع است، و صلح عقدی است که متضمن دو التزام متقابل است و مانعی از جریان خیار شرط در صلح نیست (خوئی، محمدتقی، ۲/ ۱٤۸).

۲- عدم جریان خیار شرط به صورت مطلق

شیخ انصاری می‌گوید: «و ظاهر مبسوط مانند کتاب خلاف عدم دخول خیار به صورت مطلق است و در تحریر و جامع المقاصد و غایة المرام، تفصیل قائل شده‌اند که دور از حقیقت نیست.» (انصاری، ۵/ ۱۵۰). حتی برخی بدون توجه به عمومات، خیار شرط در صلح را فاسد دانسته‌اند: «در صلح آیا باید تفاوت گذاشت میان جایی که فایده آن ابراء است که خیار شرط در آن جایز نیست و میان جایی که فایده آن غیر از ابراء است و جایز است؟ می‌گوییم: اگر بگوییم که صلح فی‌نفسه عقد نیست پس مجالی برای دخول یا عدم دخول خیار شرط در آن نیست، اما اگر بگوییم که صلح فی نفسه عقد است در این صورت مجالی برای تمسک به اجماع نیست چون که اجماع معتبر بدست نمی‌آید. اما از آنجا که عموم وجوب وفاء مقتضی لزوم است پس شرط خیار مخالف تمسک کتاب است. پس چنین شرطی فاسد است.» (قمی طباطبایی، ٤/ ۱٦۸ - ۱۷۸).

۱- شیخ انصاری اصل بحث خیار شرط در صلح را چنین مطرح می‌کند: و مما ذکرنا فی الإیقاع یمکن أن یمنع دخول الخیار فیما تضمن الإیقاع و لو کان عقداً، کالصلح المفید فائدة الإبراء، کما فی التحریر و جامع المقاصد و فی غایة المرام: أنّ الصلح إن وقع معاوضةً دخله خیار الشرط، و إن وقع عما فی الذمة مع جهالته أو علی إسقاط الدعوی قبل ثبوتها لم یدخله؛ لأنّ مشروعیته لقطع المنازعة فقط، و اشتراط الخیار لعود الخصومة ینافی مشروعیته، و کلّ شرطٍ ینافی مشروعیة العقد غیر لازمٍ انتهی. (انصاری، ۵/ ۱۵۱).

۲ - (الصلح فان الظاهر) عند المصنف (المصرح به فی کلام جماعة کالعلامة فی التذکرة، دخول الخیار فیه مطلقاً) «مطلقاً» مقابل التفصیل الآتی بین اقسام الصلح (بل عن المهذب البارع فی باب الصلح: الاجماع علی دخوله فیه بقول مطلق) و هذا القول هو المتعین لاطلاق الادلة و عدم محذور فیه. (حسینی شیرازی، ۱۲/ ۳۲).

نقد: وجهی که بتوان بر آن اعتماد کرد برای این وجه وجود ندارد بلکه کسی که به این قول تصریح کرده باشد وجود ندارد.

۳- تفصیل محقق خوئی

محقق خوئی با تفصیل میان صلح در مقام قطع خصومت و صلح در مقام اسقاط دعـا می‌گویـد: اگـر صلح برای قطع خصومت باشد اشکالی در جعل خیـار در آن نیسـت و مرجـع خیـار در آن تقییـد منشـأ و تحدید آن به عدم فسخ است (یعنی منشأ تا زمانی است که فسخ نشده باشد) و واضـح اسـت کـه اشـکالی نیست در اینکه قطع خصومت تا زمان خاصی باشد؛ و اگر صلح برای اسقاط دعوا باشد مانند ابراء خواهـد بود و اگر مدعی حق خود را با مصالحه اسقاط کند این صلح مانند ابراء خواهد بود. بنـابراین جعـل خیـار، منافی مقتضی صلح خواهد بود، چون که معنای اسقاط، عدم بقای حق مدعی بر مدعی علیه است در آنچه که ادعا کرده است و این حق را ساقط کرده است و شیء بعد از سقوطش به حالت اولیه‌اش باز نمی‌گـردد و حاصل اینکه معنی سقوط و ابراء، فراغ ذمه «من علیه الحق» است تا ابد. پس اشـتراط توقیـت در آن منـافی ابدی بودن است پس در صورت اشتراط توقیت دیگر ابراء و اسقاط نخواهد بود (خوئی، مصباح الفقاهه، ٦/ ۲۸۷).

٤- تفصیل میان صلح مفید معاوضه و صلح مفید قطع منازعه

تفصیل میان جایی که صلح در مقام عقود معهود است و مفید معاوضه میان طرفین است و میان جایی که فقط برای قطع منازعه است که در اولی جاری است و در دومی جاری نیست: این تفصیل نیز مورد نقـد است که در ادامه بررسی می‌شود.

ادله مانعین جریان خیار در صلح

قبل از بررسی ادله مانعین جریان خیار شرط در صلح، مناسب است مقدمه‌ای ذکر شـود: مـی‌دانیم در مورد عقود معین، قواعد عمومی قراردادها حاکم است و اصل لزوم به عنوان یکی از قواعد عمومی قراردادها در صلح نیز جاری می‌شود به این معنا که در موردی که صلح در مقام واقعی خود به کار رود و دعوایی را به پایان برساند، بی‌گمان عقدی لازم است که جز در مورد تخلف شرط یا شـرط خیـار، قابـل فسـخ نیسـت. علامه در قواعد می‌گوید: «صلح لازم از طرفین است و باطل نمی‌شود مگر با اتفاق هر دو طرف بـر فسـخ آن» (علامه حلی، ۲/ ۱۷۲).

صاحب شرایع می‌گوید: «صلح با استکمال شرایط آن لازم الطرفین است مگر اینکه اتفاق بر فسـخ آن

کنند» (محقق حلی، ۲/ ۹۹). کما اینکه دیگران مثـل شـهید اول در دروس[3] و شـهید ثـانی در مسـالک[4] و نجفی در جواهر الکلام[5] نیز چنین گفته‌اند.

ماده ۷٦۱ ق.م بر همین مبنا است: «صلحی که در مورد تنازع یا مبتنـی بـر تسـامح باشـد قـاطع بـین طرفین است و هیچ یک نمی‌تواند آن را فسخ کند اگر چه به ادعای غبن باشد، مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار.»

با مقدمه‌ای که گذشت روشن است که صلح به عنوان یکی از مصادیق عقـود معـین: اولاً عقـدی لازم است، ثانیاً فسخ آن ممکن نیست مگر در موارد خاص از جمله با خیار شرط. با این حال بسیاری از فقها در مقام منع از جریان خیار شرط در صلح به وجوهی استناد کرده‌اند. اهم استدلال مانعین به شرح ذیل است:

دلیل اول: صلح مفید قطع منازعه است و خیار منافی آن

یکی از مهم‌ترین استدلال‌های مانعین این است که فلسفه تشریع صلح را قطـع منازعـه می‌داننـد لـذا وجود خیار را منافی این حکمت می‌دانند. شیخ انصاری در مکاسب از غاية المرام[6] نقـل می‌کنـد: «صـلح اگر به صورت معاوضه واقع شود خیار شرط در آن داخل می‌شود اما اگر به آنچه در ذمه است واقع شـود یـا بر اسقاط دعوا قبل از ثبوت آن واقع شود خیار شرط در آن داخل نمی‌شود، چون که مشروعیت آن برای قطع منازعه است و اشتراط خیار برای بازگشت خصومت، منافی مشروعیت صلح است و هر شرطی کـه منـافی مشروعیت عقد باشد، غیر لازم است» (انصـاری، ۵/ ۱۵۰)[7]. شـبیه همـین کـلام را دیگـران نیـز گفته‌انـد: محکی از تذکره دخول خیار شرط در صلح است مطلقاً و مهذب البارع بـر آن ادعـای اجمـاع می‌کنـد امـا محکی از مبسوط و خلاف عدم دخول خیار در صلح است و تحریر تفصیل داده بین جایی که صلح متعلق

۳- الصلح لازم من طرفیه لا ینفسخ، إلا بالتقایل أو ظهور الاستحقاق فی أحد العوضین، و لا یکون طلبه إقراراً لصحته مع الإنکار. (شهید اول، ۳/ ۳۲۹).

٤- بمعنی دخول الإقالة فیه کما تدخل فی البیع. فإذا اتفقا علی التقایل و أوقعا صیغته انفسـخ. فـإطلاق اسـتثناء «اتفاقهمـا علـی فسـخه» مـن «لزومه» محمول علی ما ذکرناه، لا أنهما إذا اتفقا علیه صار العقد جائزا، بل فی قوته، حیث إنّ أمره بیدهما، کما أنّ البیع الـلازم لا یطلـق علیـه اسم الجواز باتفاقهما علی التقایل. (شهید ثانی، ۴/ ۲۶۴).

۵- و کیف کان فهو أی عقد الصلح بناء علی ما قلناه من کونه أصلا برأسه لازم من الطرفین مع استکمال شرائطه بلا خـلاف، لعمـوم «أوفـوا» و غیره من أدلة اللزوم آلتی سمعتها فی غیره من العقود نعم یجیء ملحق به علی قول الشیخ الجواز فی بعض موارده، کما إذا کـان فـرع العاریـة أو الهبة علی بعض الوجوه، بناء علی أن مراده لحوقه حکم ما أفاد فائدته، أما علی المختار فلیس إلا علی اللزوم، إلا أن یتفقا علی فسـخه بالإقالـة الشامل دلیلها له و لغیره، کما عرفته هناک و الله العالم. (صاحب جواهر، ٢٦/ ٢١٩).

٦ - و هو ثابت فی البیع و الإجارة و الصلح ان وقع معاوضة دخله خیار الشرط، و ان وقع علی ما فی الذمم مع جهالته أو علی إسقاط الـدعوی، قبل ثبوتها لم یثبت فیه خیار الشرط، لأن مشروعیته لقطع المنازعة فقط و اشتراط الخیار لعود الخصومة ینـافی مشـروعیته، و کـل شـرط ینـافی مشروعیة العقد غیر جائز (صیمری، ۲/ ۴۴).

۷ - محقق اصفهانی در نقد این کلام غایه المرام می‌گوید: و آنچه که در محکی غایه المرام آمده است غیر صحیح است چونکه صلح اگر فقط در خصوص مورد مخاصمه صحیح باشد پس صلح در غیر موارد دعوا و مخاصمه صحیح نخواهد بود پس دیگر نوبـت بـه شـرط خیـار در آن نمی‌رسد و اگر در غیر مورد دعوا و مخاصمه هم صحیح باشد پس منافی خیار شرط نخواهد بود (اصفهانی، ٤/ ٢٢٢).

به معاوضه باشد که در آن خیار شرط داخل است و بین جایی که صلح متعلق به دعوا قبل از ثبوت دعوا است یا موضوع آن در ذمه است که در این صورت خیار شرط در صلح داخل نمی‌شود چون که در این موارد خیار شرط موجب نقض غرض می‌شود چون که صلح برای رفع تشاجر و دعاوی تشریع شده است و دخول خیار منافی این حکمت صلح است و اما صلح بر آنچه که در ذمه است در این صورت فسخ سببی برای رفع ابراء می‌شود پس حصول شیء بلا سبب لازم می‌آید، و این شبیه شرط نتیجه است و این تفصیل قوی است و اما دخول خیار شرط در قسم اول واضح است چون اصل در جمیع عقود معاوضی اقتضای دخول خیار شرط دارد (رشتی، حبیب الله، ۳۷۹).

نقد: در نقد استدلال فوق می‌توان گفت: اولاً همیشه صلح در مقام رفع مشاجره و خصومت نیست و همانگونه که در ابتدا گفتیم صلح ابتدایی به صورت معاوضه نیز صحیح است. ثانیاً اساس استدلال اشکال دارد چون که مقتضای این کلام شیخ انصاری، عدم دخول خیار شرط در بیع و سایر معاوضات است چون که می‌توان گفت مشروعیت بیع نیز برای تملیک و تملک است مثلاً، و اشتراط خیار برای عود ملک به مالک اول منافی تملیک است. این استدلال جزماً باطل است و فرقی میان صلح و بیع از این جهت (خیار شرط) نیست و أقوی دخول خیار شرط در صلح است به خاطر عمومات.» (شهیدی، ۳/ ٤٥۱).

محقق یزدی در پاسخ به شیخ انصاری چنین می‌نگارد: «تحقیق این است که خیار شرط در صلح جریان می‌یابد به خاطر عدم مانع و صرف اینکه صلح برای قطع منازعه تشریع شده است مقتضی منع نیست وگرنه این استدلال شما در صلح بر معاوضه نیز خواهد آمد.» (یزدی، ۲/ ۳۳).

برخی نیز اشتراط خیار در صلح را منافی مقتضای اطلاق صلح دانسته‌اند نه منافی مقتضای ذات صلح (حسینی شیرازی، ۱۲/ ۳۲). در کلام شیخ انصاری و محقق رشتی آنچه به عنوان اشکال اصلی جلوه‌گر است این است که اشتراط خیار موجب بازگشت خصومت می‌شود یا اینکه اگر صلح بر آنچه که در ذمه است، باشد در این صورت فسخ سببی برای رفع ابراء می‌شود پس حصول شیء بلا سبب لازم می‌آید. برخی محققین به این اشکال چنین پاسخ داده‌اند: «جریان خیار شرط در صلح، از موارد اختلافی است، برخی اصحاب گفته‌اند که صلح اگر به ابراء دین یا اسقاط دعوا قبل از ثبوت دعوا، تعلق بگیرد، خیار شرط در آن داخل نمی‌شود؛ و اگر صلح به مبادله و معاوضه تعلق گیرد شرط خیار در آن جایز است، اما ظاهر، جواز اشتراط خیار در صلح است بنا بر جواز اقاله در آن و اینکه صلح از عقود است و باید دانست که بازگشت (عود) دین به ذمه بعد از سقوط آن یا بازگشت حق دعوا بعد از سقوط آن به این اعتبار که بازگشت (عود)، اعتباری است چیز ممکنی است.» (تبریزی، ۴/ ۱۵۱ به بعد).

تعلیقة شیخ انصاری بر کلام صیمری: شیخ انصاری به کلام صیمری تعلیق زده که: «کبـری مـذکور در کلام وی باز می‌گردد به آنچه که ما در وجه منع خیار در ایقاعات گفتیم.» (انصاری، ٥/ ١٥٠).

محقق اصفهانی در توضیح این کلام شیخ انصاری می‌گوید: «دلیل اینکه شـیخ انصـاری گفتـه کبـری مذکور در کلام صیمری به کلام شیخ انصاری باز می‌گردد وجهش این اسـت کـه اگـر شـرط خیـار منـافی عقدی باشد نشانگر این است که لزوم در آن لازم غیر مفارق آن عقد است و مرجع عـدم مشـروعیت فسـخ چیزی جز این نیست.» (اصفهانی، ٤/ ٢٢٣).

اشکال محقق اصفهانی بر تعلیق شیخ انصاری به کلام صیمری: محقق اصفهانی سپس بـه شـیخ انصاری اشکال می‌کند که کبرای کلام غایة المرام به کلام شیخ انصاری باز نمی‌گردد یعنی به اینکه اشتراط خیار در صلح منافی حکم شارع است و لزوم صلح غیر مفارق است، باز نمی‌گردد بلکه کلام غایة المرام به این باز می‌گردد که خیار شرط منافی حقیقت عقد و مقتضای آن است به این جهت که جمع میان مسالمه و اسقاط دعوا و میان ابقاء دعوا، عاقلانه نیست.

محقق اصفهانی در این زمینه می‌گوید: «تحقیق این است که کلام صیمری به کلام شیخ باز نمی‌گـردد چون که صلح اگر برای آن غایت مذکور باشد در این صورت شرط خیار منافی حقیقت صلح خواهد بود نه به خاطر اینکه لزوم صلح حکم غیر مفارق است. و اگر فرض شود که صلح محکوم به لزوم نیسـت در ایـن صورت باز هم شرط خیار منافی حقیقت صلح خواهد بود. بلکه قصد جدی به اسقاط دعوا و ابقـاء آن (بـا جعل خیار) قصد متنافی خواهد بود که از عاقل محال است.» (همو).

این کلام محقق اصفهانی خود اشکال دیگری است بر جریان خیـار شـرط در صـلح، چـرا کـه ایشـان فرمودند: «قصد جدی به اسقاط دعوا و ابقاء آن (با جعل خیار) قصد متنافی خواهد بود که از عاقل، محـال است.»

در پاسخ به کلام محقق اصفهانی می‌توان گفت: اشتراط خیار با قصد جدی در اسقاط دعـوا، منافـاتی ندارد و اعتبار این دو (یعنی خیار و اسقاط دعوا) با یکدیگر قصد متنافی محسوب نمی‌شود چون که معنـای اشتراط خیار ابقاء دعوا بر حال فعلی خودش نیست و معنای اشتراط خیـار ملـک حـق ابطـال آنچـه از وی صادر شده از اسقاط و ابراء و... می‌باشد و این غیر از ابقاء دعوا فعلاً اسـت (چـون کـه ابقـاء دعـوا منـافی اسقاط دعوا با صلح است) وگرنه اگر این چنین باشد در تمام مـوارد اشـتراط خیـار در عقـود و غیـر آن وارد خواهد شد، و مثلاً اشتراط خیار در بیع، دو قصد متنافی خواهد بود، چرا که مدلول بیع بنا بـر بیـان محقـق اصفهانی، تملیک مال به غیر با ابقاء آن در ملک خود مالک خواهد شد، مسلم است که امر در بیـع چنـین نیست و نقل و تملیک با بیع محقق می‌شود نهایت اینکه صاحب شرط حق دارد آن‌را ابطال کند و هر مـالی

را به مالک قبلی‌اش باز گرداند. حتی گاهی گفته می‌شود: اسـقاط و ابـراء، قبـول ابطـال و رفـع نمی‌کننـد و اشتغال ذمه بعد از فراغ ذمه، نیاز به دلیل دارد و شرط، صلاحیت دلیل و سبب بودی بر اشتغال ذمه را ندارد. اما این گفته اجنبی از این مقام است چرا که عدم صلاحیت شرط برای دلیل واقع شدن برای اشتغال ذمه بعد از فراغ، چیزی است و عدم تعقل چنین اشتراطی فی‌نفسه به خاطر اینکه قصد متنـافی اسـت چیـز دیگـری است (خوئی، محمدتقی، ۲/ ۱۵۲).

تحلیل محقق ایروانی از کلام محقق اصفهانی: محقق ایروانی بنا بر تفسیر کبرای مـذکور بـه شـرط منافی حقیقت عقد، می‌گوید: «این هم ممنوع است، چون که غـرض از ماننـد تشـریع نکـاح حفـظ نسـل انسان است و شرط عدم وطی با اینکه مخالف این غرض (یعنی حفظ نسل انسان) اسـت، باطـل نیسـت و مخالفت مقتضی عقد نیست. بنابراین شرط منافی غرض از چیزهایی است که دلیلی بر بطلان آن نیسـت.» (ایروانی، ۲/ ۲۷).

نقد: همه اقوالی که این افراد گفته‌اند نقاطی دارد که قابل توقف و تأمل است. اما آنچه در غایـة المـرام گفته است؛ در مورد آن باید گفت که عقد صلح بـه جمیـع اقسـامش و اخـتلاف مـدالیل آن عقـد واحـد و حقیقت واحدی است که مفید تراضی و تسالم بر متعلق آن است و این‌گونه نیست که در مورد قطع منازعه و رفع خصومت یک حقیقتی داشته باشد که با جایی که صلح مفید معاوضه یا اذن است تفاوت کند. پـس در واقع صلح عقد مختلفی نیست که اسم واحدی داشته باشد (بلکه یک حقیت واحد است). بنابراین وجهـی ندارد که هدف و غایت را در برخی افراد و مصادیق صلح دخیل در حقیقت و مفهوم صـلح بـدانیم و لـو بـا قیاس به آن مصداق، همانا حقیقت عقد با قیاس به مصادیق و افرادش، تغییر نمی‌کند. به عبارت دیگر قطـع منازعه غایتی است که در برخی موارد صلح حاصل می‌شود و شاهد اینکه فقها اتفاق دارند بـر عـدم اعتبـار سابقه نزاع و خصومت در تحقق صلح پس وجهی برای اعتبار آن در مشروعیت صلح و اخذ آن در مفهوم و حقیقت صلح نیست (خوئی، محمدتقی، ۲/ ۱۵۱ به بعد).

حاصل اینکه این دو ملاک یعنی مخالفت با شرع و مخالفت با مقتضی عقد دو ملاک مختلف هسـتند و وجهی برای ارجاع یکی به دیگری نیست.

اما آنچه که محقق ایروانی گفته است، کلام وجیـه و قابـل قبـولی اسـت کـه بـا اصـل حاکمیـت اراده سازگارتر است تنها اشکال کلام محقق ایروانی این است که استشهاد کرده به نکاح و گفته «غرض از ماننـد نکاح حفظ انسان است و شرط عدم وطی با اینکه مخالف این غرض است باطل نیست و مخالف مقتضی عقد نیست و شرط منافی غرض را دلیلی بر بطلان آن نیست.» (ایروانی، ۲/ ۲۷). چرا که مراد در غایة المرام از تعبیر به «غرض» معنی محدود آن که مساوی حکمت است، نیست بلکـه مـراد وی از «غـرض» بنـا بـر

قرائن و شواهد، حقیقت عقد و واقع عقد و آنچه که عقد برای آن انشاء شده است، می‌باشد. بنابراین وجهی برای این کلام محقق ایروانی که گفت «شرط منافی غرض، از چیزهایی است که دلیلی بـر آن اقامـه نشـده است»، نیست. کما اینکه وجهی برای قیاس این مقام (صلح) به نکاح وجود ندارد چرا که حفظ نـوع جـزء حقیقت نکاح نیست و علت منحصره نکاح نیست. و همانا حکمت نوعیه‌ای است که نوعاً در نکاح محقق می‌شود بدون اینکه تخلف از این حکمت نوعیه، باعث خروج نکاح از حقیقت خودش شود. پس این کجا و صلح که حقیقتش رفع خصومت و نزاع است کجا؟

این ملاحظه محقق ایروانی هر چند که با قیاس به تفسیر عبارت غایة المرام، وجیه به نظر می‌رسـد امـا شکی نیست که نباید به حاق لفظ «غرض» جمود کرد و همانا مراد غایة المرام از «غرض» آن چیزی است که عقد به خاطر آن انشاء شده است و این به معنای تغییر در نتیجه و التزام بـه عـدم ثبـوت خیـار در صـلح نیست (خوئی، محمدتقی،۲/ ۱۵۱).

بنابراین اگر بپذیریم که آنچه گفته شد یعنی خیار موجب دو قصد متنافی می‌شود با مثـال نکـاح نقـض نمی‌شود - کما اینکه واقع حال چنین است - چون که حفظ نوع حقیقت نکاح و قوام آن نیست، اما با بیـع و مانند آن نقض می‌شود چرا که بیع تملیک مال به عوض است و مبادله مال به مال حقیقت بیع است پس در این صورت چگونه اشتراط رفع ید از آن و ابطال آن ممنوع خواهد بود؟ پس اگر اشتراط خیار در صلح منافی مقتضای آن –رفع نزاع و خصومت است - باشد پس از اشتراط خیار در بیع نیز منافی مقتضای بیع - تملیک مال به غیر در ازای مال است - خواهد بود.

بنابراین از دید برخی فقها رفع خصومت و نزاع جزء حقیقت و قوام صلح است، اما واقع چنین نیست و صلح فقط در برخی موارد برای رفع خصومت و نزاع است. همانا حقیقت صلح تراضی و تسالم بـر چیـزی است بنابراین جعل خیار در صلح منافی مقتضا و قوام و حقیقت صلح نیست (کما اینکه در کـلام شـرایع و جواهر گذشت) (شهید ثانی، ٤/ ۲۵۹؛ صاحب جواهر، ٢٦/ ۲۱۰).

به نظر نگارنده حاصل کاوش در این اشکال و نقدهای آن این است که تفصیل در عقد صـلح از حیـث قبول یا عدم قبول خیار میان آنجا که متضمن معاوضه است و میان جایی که برای قطع نزاع است و قـول بـه قبول خیار در اولی و عدم قبول در دومی، دارای بنیان محکم و مبنـای اساسـی نیسـت. همچنـین مقتضـای عموم لزوم وفاء به شرط، جریان خیار در هر دو مورد است. حتی می‌توان پا را فراتر نهاد و گفت در جایی که صلح متضمن قطع نزاع است شاید نبود خیار خود باعث نزاع دوباره‌ای شود. مثلاً کسی عجولانه در موردی که نزاع است با کسی صلح می‌کند سپس از صلح خود نادم می‌شود حال اگر خیار باشد با استناد بـه خیـار

صلح را فسخ می‌کند اما اگر خیار نباشد ممکن است با نزاع و درگیری به قضیه خاتمه دهد و این مطلب موافق با اصل حاکمیت اراده است.

دلیل دوم: صلح و افاده ایقاع

محقق نائینی در این باره چنین می‌گوید: «اما صلح اگر در مقام معاوضه باشد خیار در آن داخل می‌شود، اما اگر در مقام ابراء باشد، خیار در آن داخل نمی‌شود چون که ایقاع است مگر اینکه به معاوضه باز گردد. همچنین اگر صلح در مقام قطع خصومت باشد خیار شرط در آن داخل نمی‌شود، نه به این خاطر که مشروعیت صلح برای قطع منازعه منافی اشتراط خیار است - چون قطع منازعه، حکمت تشریع صلح است نه علت آن - بلکه به این دلیل که از لزوم صلح شرعاً مترتب بر نفس این عنوان (صلح) است نه بر عقد آن.» (نایینی، ۲/ ۵۷).

محقق اصفهانی این اشکال را چنین پاسخ می‌دهد: «و این توهم که ابراء چون انحلال و رجوع در آن ممکن نیست، به واسطه صلحی که نتیجه ابراء را دارد عنوانش عوض نمی‌شود (یعنی خیار شرط در آن جاری نمی‌شود). این توهم مدفوع است: چون که ابراء صلح نیست، صلحی که عقد است بلکه صلح مفید فایده ابراء است و لذا شکی نیست که در بیع دین بر مدیون شرط خیار جاری می‌شود با اینکه متضمن فایده ابراء و سقوط مافی‌الذمه است و اعمال خیار موجب عود ساقط است (که اشکالی ندارد.)» (اصفهانی، محمد حسین، ٤/ ۲۲۲).

دیگر اینکه صلح بنا بر هر تقدیری از عقود است به خاطر توقف تحقق آن بر ایجاب و قبول سوای اینکه افاده معاوضه کند یا ابراء یا قطع تنازع و خصومت، و با این وجود وجهی برای عدم جریان خیار با تعلیل به ایقاع بودن آن نیست.

مگر اینکه گفته شود: «حقیقت شرط اناطه منشأ به آن است به گونه‌ای که شرط ضمیمه یکی از عوضین می‌گردد، و در ایقاعات عوضی نیست تا شرط به آن منضم شود.» (نایینی، ۲/ ۵۷).

اما در پاسخ باید گفت: این مبنا تمام نیست، چون که دلیلی نیست بر اینکه شرط بالذات ضمیمه عوض شود، و در صدق و تحقق شرط کافی است که الزام و التزام مرتبط باشند، به نحوی از علقه ربطیه به منشأ. (خوئی، محمدتقی، ۲/ ۱٥٤).

حاصل اینکه تفصیل در عقد صلح میان جایی که در مقام معاوضه است و جریان خیار در آن، و میان جایی که در مقام ابراء و قطع خصومت دست و عدم جریان خیار در آن، از چیزهایی است که دلیلی بر اثبات آن نیست و مقتضی عمومات صلح و عمومات شرط، جریان خیار شرط در هر دو قسم به صورت مساوی است.

تفصیل میان صلح مفید ایقاع و صلح متضمن ایقاع: برخی با توجه به اثر و نتیجه عقد صلح، میان صلح متضمن ابراء و بین صلح مفید فایده ابراء تفصیل قائل شده‌اند و قائل به عدم جریان خیـار در اولـی و جریان خیار در دومی شده‌اند. «... از آنچه گفتیم حال عقد متضمن ایقاع مانند صلح روشن می‌شود اگر که تصالح بر ابراء باشد، مثلاً بگوید: صالحتک علی ابراء ذمتک فی مقابل کذا و یا صلح متضمن اسقاط مـثلاً بگوید صالحتک علی اسقاط دعوای فی مقابل کذا، اینجا تصالح بر نفس ابراء و اسقاط است، پـس اعـدام ابراء و اسقاط، فرع بر اعتبار وجود آن‌ها بعد از عقد است و دانستید که در وجود آن‌ها بعـد از عقـد اشـکال است. اما عقد مفید فایده ابراء یا اسقاط مانند صلح بر مافی‌الذمه که موجب ابراء ذمه بعـد از تحقـق صـلح می‌شود، ظاهر جواز اشتراط خیار در آن است چرا که مانند سایر عقود و مانند سایر موارد صلح است. و در کلام شیخ انصاری و برخی دیگر، خلط واقع شده بین عقد مشتمل بر ایقاع و عقدی که مفیـد فایـده ایقـاع است.» (خمینی، روح الله، ٤/ ٢٦٠).

نقد و بررسی این استدلال: اولاً: قول به دخول خیار در عقود به خاطر اینکه عقلاء بقاء اعتباری بـرای آن‌ها قائل‌اند و عدم دخول خیار در ایقاعات به خاطر عدم اعتبار وجود اعتباری برای آن‌ها، فاقد شاهد است و دلیلی بر آن نیست.

ثانیاً: مبنا و اساس این کلام یعنی عدم جریان خیار در تصالح بر ابراء چون که ایقاع است، دفع می‌شود به اینکه این از باب تداخل عقد و منشأ است و ابراء اگر به نفسه و به عنوان مستقل انشاء شـود حتمـاً ایقـاع است اما اگر ابراء در عقد متضمن ایجاب و قبول انشاء شود، در این صورت عقد، خاصیت عقـد بـودنش را از دست نمی‌دهد با این بهانه که متضمن ابراء است (خوئی، محمدتقی، ۲/ ١٥٤).

به عبارت دیگر: تفصیل میان عقد و ایقاع به لحاظ منشأ و نتیجه نیست، بلکه به لحاظ آن چیزی اسـت که مطلوب ما انشاء می‌شود و مطلوب ما یا با فعل طرف واحد محقق می‌شود یـا اینکـه متقـوم بـه فعـل دو طرف است، بنابراین چون تحقق صلح متوقف بر فعل دو طرف است یعنی طرف ایجاب و قبول، پس صلح از عقود است خواه مفاد آن ابراء باشد یا اسقاط یا معاوضه و... .

ادله جریان خیار شرط در صلح

همان‌گونه که گذشت و برخی فقها نیز اشاره کردند ادله جریان خیـار در صـلح، اطلاقـات و عمومـات وفای به شروط از یک طرف و عدم محذور از طرف دیگر است. به فرموده کتاب ایصال الطالب: «لاطـلاق الادلة و عدم محذور فیه» (حسینی شیرازی، إیصال الطالب إلی المکاسب، ۱۲/ ۳۲) یا بـه فرمـوده محقـق شهیدی: «أقوی دخول خیار شرط در صلح است به خاطر عمومات.» (شهیدی،۳/ ٤٥١).

استدلال به اصل حاکمیت اراده در جریان خیار شرط

اراده یکی از عناصر تشکیل دهنده شخصیت انسان و احترام به اراده انسان احترام به شخصیت اوست. ظهور کمال شخصیت هر فرد به این است که آزادی اراده داشته به اشد زیرا در سایه آزادی اراده است که هر فرد می‌تواند کمالات خود را ظاهر سازد. پس برای اینکه به شخصیت انسانی احترام گذاشته شود باید به اراده او احترام نهاد و قانون فقط وظیفه دارد که جلو تعارض اراده‌ها را بگیرد، بنابراین نباید تکلیفی بر انسان تحمیل کرد مگر این که خود او آن تکلیف را بخواهد و چنین تکلیفی با قانون طبیعت وفق داشته باشد. پس اساس حق و تکلیف مطلقهٔ اراده افراد است؛ بنابراین قانون در خدمت اراده افراد است و وظیفه آن دفع برخورد اراده‌هاست (جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، شماره ۲۵). اصل حاکمیت اراده در فقه با قواعدی چون «الناس مسلطون علی اموالهم» و یا قاعده اقدام و یا قاعده احترام قابل تطبیق است.

نتیجه‌گیری

از آنچه گذشت به دست می‌آید عقد صلح در تمام صور و اقسام آن عقد واحدی است که حقیقت آن تراضی و تسالم بر چیزی است و حق با قائلین جریان خیار در آن به صورت مطلق است چه مفاد آن معاوضه باشد چه ابراء و اسقاط و... و مجرد اینکه برخی موارد مفید فایده ایقاع است، موجب سلب خاصیت عقد بودن از صلح نمی‌شود و آنچه که جواز اشتراط خیار به صورت مطلق در صلح را تأیید می‌کند این است که بسیاری از فقها قائل به صحت تقایل در صلح به صورت مطلق شده‌اند. خصوصهٔ اگر مطابق نظر شیخ انصاری صحت تقایل را ملاک برای شرط خیار قرار دهیم.

منابع

اصفهانی، محمد حسین، ***حاشیة کتاب المکاسب***، محقق عباس محمد آل سباع قطیفی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***المکاسب المحرمة و البیع و الخیارات***، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

ایروانی، علی، ***حاشیة المکاسب***، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.

بجنوردی، محمدحسن، ***القواعد الفقهیه***، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

بحرانی، یوسف بن احمد، ***الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة***، محقق محمدتقی ایروانی- سید عبد الرزاق مقرم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

تبریزی، جواد بن علی، ***إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.

حسینی شیرازی، محمد، ***ایصال الطالب الی المکاسب***، تهران، منشورات اعلمی، چاپ اول، بی‌تا.

خمینی، روح الله، ***کتاب البیع***، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.

خوئی، ابو القاسم، ***مصباح الفقاهة***، بی‌جا، بی‌تا.

ــــــــــــ، ***منهاج الصالحین***، قم، نشر مدینه العلم، چاپ بیستم و هشتم، ۱۴۱۰ ق.

خوئی، محمدتقی، ***الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود***، دار المؤرخ العربی، بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

رشتی، حبیب الله بن محمد علی، ***فقه الامامیه (قسم الاخیارات)***، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.

شهید اول، محمدبن مکی، ***الدروس الشرعیه***، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، ***مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام***، قم، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

شهیدی، میرفتاح، ***هدایة الطالب الی اسرار المکاسب***، قم، مؤسسه مطبوعات دارالکتاب، ۱۳۷۵.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام***، محقق عباس قوچانی- علی آخوندی، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.

صیمری، مفلح بن حسن، ***غایة المرام فی شرح شرایع الاسلام***، تحقیق جعفر کوثرانی، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ق.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، ***حاشیة المکاسب***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام***، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

قمی طباطبایی، تقی، ***دراساتنا من الفقه الجعفری***، مقرر علی مروجی قزوینی، قم، مطبعة الخیام، چاپ اول، ۱۴۰۰ ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن، ***شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام***، محقق عبد الحسین محمد علی بقال، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

نائینی، محمد حسین، ***منیة الطالب فی حاشیة المکاسب***، مقرر موسی بن محمد خوانساری، تهران، المکتبة المحمدیة، چاپ اول، ۱۳۷۳ ق.